Kapitel 1

Introduktion

1. Problemformulering

Emnet for nærværende afhandling er adækvanslæren i erstatningsretten uden for kontraktsforhold. Adækvanslæren betegner den jura (de retlige kriterier), som bruges til at afgøre, om kvaliteten af forholdet mellem den skadevoldende adfærd og den konkrete skade er tilstrækkelig til at udløse ansvar. Dermed har den i princippet betydning for enhver skadesituation, idet det altid er nødvendigt at tage stilling til forholdet mellem handling (eller undladelse) og skade. Adækvanslæren anvendes tilsyneladende også overalt i erstatningsretten. Det gælder eksempelvis ved almindelige hverdagsskader, trafikskader, arbejdsskader, patientskader, produktansvarsskader, miljøskader, byggeskader samt skader, der opstår i forbindelse med enhver form for rådgivning og myndighedsudøvelse. Endvidere anvendes læren ved samtlige typer af skade (person-, tings- og almindelig formueskade) og ansvarsgrundlag.

På trods af sin grundlæggende betydning for den erstatningsretlige ansvarsbedømmelse er adækvanslæren særdeles uklar. Det gælder selv i forhold til de mest grundlæggende spørgsmål. *For det første* er det uklart, hvilken *funktion* adækvanslæren har i den erstatningsretlige ansvarslære: Hvordan forholder den sig således til reglerne om ansvarets grundlag (culpaansvaret og det objektive ansvar) og kausalitetslæren? – og i hvilket omfang gælder den i forhold til spørgsmålet om de værnede interesser og afgrænsningen af den værnede personkreds? *For det andet* er det uklart, hvilket *indhold* læren har: Hvilke kriterier er således relevante for adækvansbedømmelsen? – hvad er den bærende retlige materie i de forskellige kriterier? – og i hvilket omfang er de forskellige kriterier egnede til at forklare, hvilke skader og tab der skal erstattes. *For det tredje* er det uklart, hvilket *teoretisk grundlag* adækvanslæren hviler på: Hvorfor er netop de hidtil fremførte kriterier således relevante, og er der eventuelt yderligere kriterier, som kunne tænkes at have betydning? Skal kriterierne anvendes alternativt eller komplementært, og skal de opfattes som deduktivt orienterede enhedsbegreber eller som retlige argumenter, der brydes mod hinanden?

Formålet med afhandlingen er at give et bidrag til at afklare de nævnte uklarheder. Mere præcist har afhandlingen fire hovedformål: Det første er at foretage en undersøgelse af, hvilken funktion adækvanslæren har i den erstatningsretlige ansvarslære. Det andet er at foretage en analyse og kritik af de kri-

terier, der indtil nu er blevet lanceret til at løse adækvansproblemet. Disse kriterier kaldes tilsammen den traditionelle adækvanslære. Det tredje er at udvikle en ny teori, der på et nuanceret grundlag kan bidrage til at forklare, hvilke hensyn, som er afgørende for fastlæggelsen af erstatningsansvarets grænse i dansk ret. Det fjerde er at vise, hvordan denne teori kan anvendes i praksis.

2. Disposition

Afhandlingen er opdelt i fire dele. I de tre første dele behandles afhandlingens fire hovedproblemer, mens den fjerde del er dedikeret til konklusion mv.

Del I udgøres af en indledende del, herunder nærværende *kapitel 1* om afhandlingens problemformulering, metode og motivation. I *kapitel 2* foretages en analyse af adækvanslærens funktion i den erstatningsretlige ansvarslære. Formålet med dette er at undersøge lærens betydning for ansvarsnormeringen i forhold til de øvrige erstatningsregler. Først gives en introduktion til den traditionelle adækvanslæres indhold og herefter behandles dens forhold til reglerne om kausalitet og ansvarets grundlag (culpareglen og det objektive ansvar). Til sidst undersøges, hvilken betydning adækvanslæren har for afgrænsningen af de værnede interesser og den værnede personkreds.

I Del II foretages en grundlæggende analyse af den traditionelle adækvanslæres forklaringsværdi som ansvarsbegrænsningsmekanisme. Formålet med dette er at undersøge, i hvilket omfang adækvanslæren giver reel vejledning om, hvor grænserne for erstatningsansvaret går. I *kapitel 3* gives en indledning til analysen og herefter behandles dens indhold. Som det vil fremgå, kan den traditionelle adækvanslære opdeles i henholdsvis en objektiv, en subjektiv og en normativ figur:

Den objektive figur behandles i *kapitel 4*. Indledningsvis gives nogle historiske rids, og herefter vises, hvordan figurens bedømmelsestema kan opdeles i tre delfigurer: (i) tid og rum-figuren, (ii) novus actus-figuren og (iii) figuren om farens retning. De tre delfigurer analyseres og kritiseres hver for sig og til sidst gives en samlet konklusion på den objektive figurs forklaringsværdi. Den subjektive figur behandles i *kapitel 5*. Fremstillingen indledes med nogle bemærkninger til figurens historie og indhold, hvorefter der foretages en analyse og kritik af dens indhold. Til sidst konkluderes der på, hvilken værdi figuren har som ansvarsbegrænsningsmekanisme. I *kapitel 6* behandles den normative figur. Først gives en introduktion til den jura, som figuren omfatter, og herefter fokuseres analysen på de to vigtigste delfigurer: den traditionelle schutzzweck-figur og den ekspansive schutzzweck-figur. Begge figurer analyseres og kritise-

res, hvorefter der gives en samlet konklusion på deres forklaringsværdi. I *kapitel 7* gives en sammenfattende vurdering af den traditionelle adækvanslæres forklaringsværdi som ansvarsbegrænsningsmekanisme.

I Del III gives et bidrag til grundlæggelsen af en argumentativ adækvanslære. Denne del består af kapitlerne 8, 9 og 10:

I *kapitel 8* formuleres det samlede teoretiske grundlag for den argumentative læres tilgang til adækvansproblemet. Indledningsvis udredes, hvorledes læren vil udgøre en forbedring af den traditionelle adækvanslære. Herefter diskuteres begrebet kontingens som grundvilkår for læren og til sidst gives en beskrivelse den argumentative læres retsanvendelsesmodel. Beskrivelsen af retsanvendelsesmodellen centrerer sig om fire emner: Først diskuteres det teoretiske udgangspunkt for modellen, og herefter diskuteres de tre grundlæggende maksimer, som modellen bygger på. Den første og anden maksime betoner nødvendigheden af en differentiering af adækvansbedømmelsens henholdsvis normative og faktiske grundlag, mens den tredje understreger nødvendigheden af at se subsumptionen som en argumentativ proces. I *kapitel 9* foretages en beskrivelse af adækvanslærens normative grundlag. Formålet med dette er at give en samlet forklaring på, hvilke hensyn der er relevante for adækvansbedømmelsen, samt hvilket grundlag disse hensyn hviler på. Kapitel 9 faciliterer dermed det i kapitel 8 betonede behov for at identificere den pluralitet af hensyn, som har betydning for adækvansbedømmelsen.

I *kapitel 10* vises, hvordan udviklingerne i kapitel 8 og 9 kan bruges til at identificere og systematisere de relevante hensyn for adækvansbedømmelsen i en konkret sagstype. Det skulle gerne fremgå heraf, at der er en flerhed af hensyn, der er relevante, ligesom bedømmelsen foregår som en argumentativ proces.

I DEL IV gives en samlet konklusion på afhandlingens fire hovedproblemer.

3. Metodiske overvejelser

3.1. Indledning

Afhandlingens formål giver anledning til flere metodiske problemer. Disse vil blive behandlet løbende (efterhånden som de opstår), men der synes god grund til at gøre nogle overordnede bemærkninger hertil allerede på dette sted. I afsnit 3.2. siges først noget generelt om de metodiske problemer, der er knyttet til at arbejde med adækvanslæren som undersøgelsesobjekt. Her betones, at der bl.a. som følge af det erstatningsretlige retskildebilledes kompleksitet er betydelige vanskeligheder ved at finde frem til adækvanslærens materie. Dette er vigtigt at

erkende som udgangspunkt for analysen, men bør ikke føre til skepticisme. Det *er* således muligt at sige ganske meget om, hvordan adækvansproblemet løses. Det gøres – som det vil fremgå – ud fra en metodisk tilgang, som kaldes rationel rekonstruktion. Hovedpunktet i denne tilgang er, at der – med afsæt i de grundlæggende problemer med at behandle et komplekst problem som adækvansproblemet – skal foretages den bedst mulige og mest rationelle rekonstruktion ud fra det retskildemateriale, der nu engang er tilgængeligt. I afsnit 3.3. gives en overordnet karakteristik af dette materiale (samlet betegnet det erstatningsretlige retskildesystem). Det påvises her, at det erstatningsretlige system som følge af sin normativt[1] åbne karakter giver grundlag for at fremføre en lang række forskelligartede argumenter til afgørelse af adækvansproblemet. Hermed er det et komplekst og ganske omfattende normsystem, der danner grundlaget for den rekonstruktion, som skal foretages. I afsnit 3.4. siges noget om rationel rekonstruktion og legitimitet. Formålet med dette er at kvalificere det grundlag, som er afgørende for, hvilke argumenter der kan bringes i anvendelse til løsning af adækvansproblemet. Det vises her, at den rekonstruktive metode ikke giver grundlag for at fremføre allehånde mere eller mindre tilfældige argumenter. Også denne metode har en retlig bundethed.

3.2. Afhandlingens genstand: Noget om normativitet og rationel rekonstruktion

Afhandlingens genstand kan i udgangspunktet betegnes adækvanslæren, som den forstås og praktiseres i dansk erstatningsret. Hermed understreges, at der arbejdes med en grundlæggende prætention om at behandle adækvanslæren, som den *gælder* i modsætning til at vurdere den retspolitisk. Det synes fornuftigt at gøre dette udgangspunkt klart allerede her.

Det sagte kan muligvis give indtryk af, at der opereres med en skarp sondring mellem *er* og *bør* samt en forestilling om, at der kan foretages en mere eller

---

1. Begrebet *normativ* anvendes i nærværende afhandling i tre forskellige betydninger. Den første er synonym med begrebet *retlig*, hvilket er den betydning, som er relevant ovenfor. Den anden er i betydningen *værdiladet* eller *værdibaseret*, hvilket står i modsætning til begrebet *objektiv*. Den nærmere betydning af dette skulle gerne fremgå af afsnit 3.2. nedenfor. Den tredje er som overordnet betegnelse for en kategori af adækvanskriterier, der bygger på en opfattelse af, at adækvansproblemet ikke kan løses på baggrund af en nærmere bestemt *test* af kvaliteten af årsagsforholdet mellem handling og skade (ad modum henholdsvis den objektive og den subjektive figur). Her ligger det normative altså i en tematisk friere tilgang til adækvansbedømmelsen, der – negativt beskrevet – ikke tager udgangspunkt i en vurdering af årsagsforholdet mellem handling og skade.

mindre objektiv beskrivelse af adækvanslæren. Dette er dog ingenlunde tilfældet, idet det tværtimod erkendes, at enhver fremstilling af retten i et eller andet omfang indebærer en subjektiv deltagelse og dermed et *bør*. Dette synes af flere grunde at være et uomgængeligt udgangspunkt:

For det første findes der ikke en klar og entydig retskildelære, hvorefter de retlige normer kan afgrænses over for de ikke-retlige på et objektivt grundlag. Retskildelæren giver naturligvis visse (dog ikke udtømmende) regler for, hvorfra retten kan emanere (lovgiver, domstole etc.), og hvordan den skal ordnes hierarkisk, men herved gives ikke en entydig retsbestemmelse.[2] Det gælder særligt på retsområder som det erstatningsretlige, hvor den institutionelle regelgivning spiller en mindre rolle.[3] Det er rigtigt, at lovgivning også her får stadig større betydning, men den grundlæggende ansvarslære udgøres fortsat af visse grundprincipper – jf. først og fremmest reglerne om culpa, kausalitet og adækvans – der dybest set hviler på moralsk-etiske værdier om det gode samfund og det gode liv (herunder mere præcist, hvordan interaktionen mellem mennesker bør foregå).[4] Dette grundlag er særdeles komplekst og dynamisk, ligesom det mest af alt er et produkt af vores kulturhistorie i modsætning til fx lovgivers vilje. Disse karakteristika gør det vanskeligt at afgrænse de relevante værdier og hensyn ud fra en klart defineret retskildelære.[5] Som det gerne skulle fremgå nedenfor (specielt af afhandlingens Del III) gælder dette navnlig for adækvanslæren, der udfyldes af en særdeles kompleks pluralitet af hensyn.

For det andet kan man sige, at retskildelæren – selv om det forudsættes muligt at foretage en generel afgrænsning af de retligt relevante normer – ikke i almindelighed kan give et klart svar på, hvordan disse skal fortolkes og afvejes over for hinanden i den konkrete retsanvendelse. Det er klart, at der kan opstilles regler for dette (ligesom der må antages at gælde en vis form for intersubjektiv forståelse eller fornemmelse for, hvordan dette skal gøres), men det ændrer ikke på, at denne proces ofte (nogen vil sige altid) vil involvere et valg. Hart formulerer dette på følgende måde:

> »Judicial decision, especially on matters of high constitutional import, often involves a choice between moral values, and not merely the application of some

2. Se bl.a. Zahle, Henrik: Praktisk retsfilosofi, 2004, p. 97-100 samt p. 344-345.
3. Jf. Gomard, Bernhard: Moderne erstatningsret, 2002, p. 22-23.
4. Se kapitel 9, afsnit 3.2., nedenfor for en beskrivelse af karakteren af det normative grundlag, der er relevant for adækvansbedømmelsen.
5. Dette fremgår til dels også hos Kruse, Anders Vinding: Erstatningsretten, 5. udg., 1989, p. 21-23, der bl.a. taler om vanskelighederne ved at afgrænse det »retsideelle vuderingsgrundlag«.

single outstanding moral principle; for it is folly to believe that where the meaning of the law is in doubt, morality always has a clear answer to offer. At this point judges may again make a choice which is neither arbitrary nor mechanical; and here often display characteristic judicial virtues, the special appropriateness of which to legal decision explains why some feel reluctant to call such judicial activity »legislative«. These virtues are: impartiality and neutrality in surveying the alternatives; consideration for the interests of all who will be affected; and a concern to deploy some acceptable general principle as a reasoned basis for decision. No doubt because a plurality of such principles is always possible it cannot be *demonstrated* that a decision is uniquely correct: but it may be made acceptable as the reasoned product of informed impartial choice. In all this we have the »weighing« and »balancing« characteristic of the effort to do justice between competing interests.«[6]

Det anførte synes at gælde med særlig styrke for adækvansbedømmelsen, idet den typisk involverer en kompliceret afvejning af en række forskelligartede hensyn. Eksempelvis kan man forestille sig, at det er nødvendigt at afveje (i) hensynet til prævention, (ii) hensynet til graden af skadevolders kausale bidrag til skaden, (iii) hensynet til graden af skadevolders skyld og (iv) hensynet til karakteren af det beskyttede retsgode over for hinanden. Denne afvejning kan næppe antages at foregå på en helt stringent og regelfast vis, og derfor kan den ej heller beskrives som sådan. Den subjektive deltagelse er altså også relevant her.[7]

Det uomgængelige konstruktivistiske element i den retsvidenskabelige beskrivelse (og den praktiske anvendelse) af retten kan strengt taget siges at ophæve dikotomien mellem *er* og *bør*. Enhver beskrivelse vil således – i større eller mindre grad – være normativ, og den gældende ret bliver herefter en konstruktion.[8] Dette – altså det konstruktivistiske element og den retsusikkerhed der ligger til grund herfor – kan i en vis grad opfattes som en udfordring af hele rettens rationale, herunder dens legalitet og legitimitet. I hvilket omfang er det således overhovedet muligt at udlede regler og hensyn fra de anerkendte retskilder (i modsætning til intrasubjektivt)? – Og i hvilket omfang kan retten retfærdiggøres på et bestemt værdimæssigt grundlag? Det mest rabiate svar på dette spørgsmål er formuleret af den såkaldte critical legal studies-skole (CLS-skolen), der grundlæggende advokerer for, at retsbestemmelsen og retsanven-

6. Jf. Hart, H.L.A.: The concept of Law, 2. udg., 1994, p. 204-205.
7. Se mere om afvejningen af de for adækvansbedømmelsen relevante hensyn i kapitel 9, afsnit 4.
8. Jf. herom bl.a. hos Olsen, Henrik Palmer: Rationalitet, ret og moral, 1997, p. 27ff.

delsen er forbundet med en sådan grad af usikkerhed (i den engelsksprogede litteratur normalt kaldet indeterminacy), at der nærmest ikke kan tales om en rule of law og en retsorden i det hele taget.[9] Dette understøttes af en problematisering af flere af rettens forudsætninger. Bl.a. diskuteres muligheden for overhovedet at operere med retsregler (idet de angiveligt er åbne for allehånde fortolkningsmuligheder),[10] ligesom flere forholder sig skeptiske til sproget som egnet medium til at formidle ret i det hele taget.[11] James Boyle anfører eksempelvis følgende: »(1) Words do not have»essences.« (2) Words do not have »core meanings.« (3) Language is, or can be, used in an infinite number of ways: it is a malleable instrument for communication. (4) That a word is most commonly used to mean X does not mean that X is the »core,« or »plain,« or « essential« meaning of that word.«[12] Med denne formulering kommer Boyle vel meget tæt på, at ophæve muligheden for retlig regulering i det hele taget. For en udførlig gennemgang af kilderne til den af CLS-skolen hævdede rabiate indeterminacy kan henvises til Lawrence B. Solums fremstilling i »On the Indeterminacy Crisis: Critiquing Critical Dogma«.[13]

Der er næppe tvivl om, at CLS-skolen har givet et væsentligt bidrag til forståelsen af flere grundlæggende problemer ved retten. Et bidrag, der både kan være interessant på et abstrakt, teoretisk niveau og i forhold til løsningen af konkrete retlige spørgsmål. Samtidig synes det dog klart, at kritikken ofte føres alt for vidt. Det gælder navnlig den rabiate skepticisme i forhold til retsreglernes evne til at formidle retten på en forståelig måde. Det er klart, at sproget og retsreglerne i vidt omfang er åbne for fortolkning, men herfra er der endog meget langt til, at muligheden for at kommunikere meningsfuldt og have en retsorden ophæves. Dette understøttes også af den enighed, der trods alt er om

---

9. Se bl.a. hos Evald, Jens og Schaumburg-Müller, Sten: Retsfilosofi, retsvidenskab og retskildelære, 2004, p. 117ff. Der findes en stor mængde litteratur om CLS-skolen, jf. fx Kelman, Mark: A Guide to Critical Legal Studies, 1987, Solum, Lawrence B.: On the Indeterminacy Crisis: Critiquing Critical Dogma, The University of Chicago Law Review (54), nr. 2, 1987, Boyle, James: The Politics of Reason: Critical Legal Theory and Local Social Thought, i University of Pennsylvania Law Review (133), 1985, og Unger, Roberto Mangabeira: The Critical Legal Studies Movement, Harvard Law Review (96), p. 561ff (1983).
10. Jf. Solum, Lawrence B.: On the Indeterminacy Crisis: Critiquing Critical Dogma, The University of Chicago Law Review (54) nr. 2, 1987, p. 465ff.
11. Jf. Zapf, Christian og Moglen, Eben: Linguistic Indeterminacy and the Rule of Law: On the Perils of Misunderstanding Wittgenstein, The Georgetown Law Journal (84), 1995-1996, p. 485ff.
12. Jf. Boyle, James: The Politics of Reason: Critical Legal Theory and Local Social Thought, University of Pennsylvania Law Review (133), 1985, p. 707, n 75.
13. Publiceret i The University of Chicago Law Review (54), No. 2, 1987, p. 465ff.

forståelsen af mange retlige regler. Endvidere kan man sige, at den advokerede skepticisme er udtryk for en defaitisme, der under alle omstændigheder ikke kan bruges til ret meget. En af retsvidenskabens vigtigste opgaver er ganske rigtigt at afsløre rettens utilstrækkeligheder, men fra dette udgangspunkt må man forsøge at sige noget meningsfuldt om den. Ikke således at retten skal bygges ind i rigide og mekaniske systemer, men således at der skabes et grundlag for at forstå og italesætte den. Det er i hvert fald den tilgang, som adopteres i nærværende afhandling, hvor der skal gøres et forsøg på at foretage en rationel rekonstruktion af adækvanslæren. Med dette begreb understreges netop, at der – på trods af de grundlæggende problemer med at fastlægge adækvanslærens indhold – foretages en rekonstruktion ud fra det retskildemateriale, der nu engang foreligger.

> MacCormick beskriver denne rekonstruktive proces meget præcist i følgende passus: »In law, in the social sciences and indeed in the natural sciences, the scholar or researcher is confronted by a vast body of material or of experimental or observational data. The materials and/or data may seem confused and disorderly, partly or potentially conflicting, gappy in places. As »materials« or »data«, they already represent some kind of more or less deliberate selection out of the totality of experience. The task of scholarship or science is then to take these selected items and put them back together, to *reconstruct* them in a way that makes them comprehensible because they are now shown as parts of a well ordered though complex whole. This requires explanatory principles establishing criteria of what counts as well ordered and rational. Since things have to be put back together under such criteria, »rational reconstruction« well describes the process. Of course, it is an intellectual process, involving a new imagining and describing of the found order, not literally a rebuilding of objects in the world.«[14]

3.3. Det erstatningsretlige retskildesystem som grundlag for rationel rekonstruktion

Formålet med dette afsnit er at give en karakteristik af det erstatningsretlige retskildesystem. Dette skulle gerne give en overordnet forståelse af det grundlag, som normeringen af adækvansproblemet tager udgangspunkt i.

---

14. Jf. MacCormick, Neil: Reconstruction after Deconstruction: A Response to CLS, Oxford Journal of Legal Studies (10), 1990, p. 556. For mere om rationel rekonstruktion, se MacCormick, Neil: Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning, 2009, særligt p. 154-161.

I henhold til den traditionelle retskildelære, der bygger på en positivistisk orienteret retsforståelse, opfattes retten i høj grad som noget institutionaliseret og autoritativt. Det kommer til udtryk ved den emfase, der er på at beskrive retten som noget *sat*, der først og fremmest udgår fra lovgiver.[15] Endvidere opfattes retten som et hierarkisk og mere eller mindre kohærent normsystem, hvor de forskellige regler opnår deres juridiske validitet ved at være udstedt i medfør af andre regler i systemet.[16] Den traditionelle tilgang til retskilderne peger utvivlsomt på flere rigtige ting. Det gælder særligt i forhold til offentligretlige retsområder såsom strafferetten og forvaltningsretten, der er intensivt regulerede og i udgangspunktet hierarkiske i deres struktur.[17] Når det er sagt, har den imidlertid også væsentlige svagheder og kan næppe siges at give en udtømmende beskrivelse af, hvordan retten skabes, og hvordan de retlige normer forholder sig til hinanden på noget område.[18] Det synes navnlig at gælde i forhold til de formueretlige discipliner[19] – herunder specielt erstatningsretten – hvor den traditionelle lære formentlig aldrig har udgjort en særlig god forklaringsramme. I virkeligheden synes det erstatningsretlige normsystem at adskille sig ganske markant fra det traditionelle retskildebillede.

Det er vanskeligt at beskrive det erstatningsretlige retskildesystem. Grundlæggende kan man dog formentlig sige, at det er karakteriseret ved tre ting: For det første kan retskildegrundlaget betegnes som *polyfonisk*. Med det menes, at de normer, der konstituerer erstatningsretten, udspringer af mange forskellige retskilder. Det gælder både de helt traditionelle kilder som offentlig regulering (love, bekendtgørelser, cirkulærer mv.), sædvaner (herunder branchekutymer) og retspraksis, men også en række andre kilder.[20] Til sidstnævnte kategori hører først og fremmest privat regulering (fx formelle brancheregler), samt betragtninger om det gode samfund og det gode liv.[21] Det er klart, at disse kilder tilsammen giver grundlag for, at der i almindelighed kan fremføres en flerhed (eller vel snarere en myriade) af argumenter til løsningen af erstatningsretlige spørgsmål. Det gælder ikke mindst i forhold til normeringen af det grundlæg-

15. Se herom hos Zahle, Henrik: Praktisk retsfilosofi, 2004, p. 97-100.
16. Jf. Zahle, Henrik: Praktisk retsfilosofi, 2004, p. 99.
17. Jf. Ulfbeck, Vibe: Kontrakters relativitet, 2000, p. 19.
18. Se hertil Ketscher, Kirsten: Mod en argumentativ ret, Jussens Venner (hæfte 5-6), 2000, p. 272ff.
19. Jf. Ulfbeck, Vibe: Kontrakters relativitet, 2000, p. 19.
20. Jf. herom Gomard, Bernhard: Moderne erstatningsret, 2002, p. 22ff.
21. Om sammenhængen mellem juridiske regler og etiske regler, jf. fx Zahle, Henrik: Praktisk retsfilosofi, 2004, p. 97ff samt Owen, David: The Philosophical Foundations of Tort Law, 1995, p. 7ff. Dette emne behandles i øvrigt mere udførligt i kapitel 9.

gende spørgsmål om adækvans, hvor argumenter fra næsten samtlige kilder kan få betydning. Det skulle gerne fremgå af især afhandlingens Del III. For det andet kan retskildegrundlaget betegnes som *inkohærent og argumentativt*. Hermed menes, at de retlige normer kun vanskeligt kan indordnes hierarkisk, ligesom de ofte vil være indbyrdes modstridende. Inkohærensen kan siges at være en naturlig følge af, at retten udspringer fra mange forskellige kilder i modsætning til én overordnet kilde.[22] Dette giver i hvert fald – som iagttaget af Zahle – en god grobund for »interne modsigelser i det retlige materiale.« Mere konkret betyder den normative inkohærens, at den jura, som lægges til grund for afgørelsen af et bestemt problem, ofte vil være en slags syntese fremkommet ved en brydning af forskellige retlige normer.[23] Dette karakteristikon er i særdeleshed prægnant i forhold til adækvansbedømmelsen. For det tredje er det erstatningsretlige normsystem kendetegnet ved sin *dynamik*. Det kommer bl.a. til udtryk ved den måde erstatningsretten ændres og tilpasses udviklingen i den almindelige opfattelse af, hvordan interaktionen mellem mennesker bør foregå, og hvad man skal kunne gøres ansvarlig for.[24] Eksempelvis har den af flere forfattere påpegede tendens til øget retliggørelse bidraget til udviklingen af erstatningsretten på denne måde. Det samme har fremvæksten af kommunikationssamfundet, der har gjort (og fortsat gør) det nødvendigt at tilpasse erstatningsretten til nye ansvarssituationer. Erstatningsrettens dynamik kan vel i virkeligheden lignes til sprogets, idet begge fænomener løbende tilpasser sig samfundsudviklingen, og den måde mennesker forholder sig til hinanden på. I sproget sker denne tilpasning bl.a. ved den gradvise inkorporering af nye ord (neologismer) i det samlede vokabularium. Endvidere kan man sige, at begge fænomeners dynamik er eksternt forankret (i netop samfundsudviklingen etc.) og derfor vanskelig at *styre* autoritativt.

---

22. Se herom hos Zahle, Henrik: Praktisk retsfilosofi, 2004, p. 335-336.
23. Om dette skriver Zahle bl.a. følgende i Praktisk retsfilosofi, 2004, p. 335-336: »De forskellige typer af retligt materiale lader sig således ikke aflede af en fælles overordnet »kilde«. De er ikke en gang – som de foreligger – modsigelsesfri, idet de jo tydeligvis udgår fra forskellige personkredse og er tilvejebragt under forskelligartede forudsætninger, som åbner for – eller nærmest garanterer – at der er interne modsigelser i det retlige materiale. Dette træk af modsigelse er det væsentligt at forholde sig til i den retlige afgørelse, eftersom det ofte er sådanne træk, som vil blive fremhævet under en retlig argumentation. Hver part vil jo betone sin side af det retlige materiale, eller hver part vil betone sin fortolkning af det retlige materiale for på denne måde – gennem opdyrkelse af den interne modsigelse – at betone netop de sider, der støtter det egne standpunkt. Denne argumentationsmulighed er ikke en utilsigtet konsekvens af en mislykket afgrænsning eller udformning af retligt materiale, men er et fundamentalt træk i den type materiale og argumentation, som udgør grundlaget for den retlige afgørelse.«
24. Jf. Gomard, Bernhard: Moderne erstatningsret, 2002, p. 24-27.

> Erstatningsrettens dynamiske karakter fremhæves også af bl.a. Gomard: »Retskildelæren er hverken éntydig eller uforanderlig. Begrebet forholdets natur åbner op for en bred diskussion om hensigtmæssighed og rimelighed. Ikke alle har samme syn på, hvilke synspunkter og strømninger i tiden, der bør beagtes også i retspraksis og hvilke resultater der igen bør ændres som tiden går.[25] Og videre: Opfattelsen af, hvad der er ret og rimeligt, og synet på, hvad der er muligt og acceptabelt uden ny lovgivning ændrer sig stadig. Den almindelige opfattelse, kulturtraditionen eller forholdets natur, kan være en retskilde, og dens indhold og betydning er i stadig udvikling og ændring. Mennesker og deres meninger ændrer sig. Hver ny generation har sine meninger. Det dynamiske element i retskilder og retsanvendelse er mærkbart på erstatningsrettens område.«[26] Som årsager til erstatningsrettens brogede og dynamiske karakter anfører forfatteren bl.a. dens ulovbestemte karakter og vidtstrakte anvendelsesområde.[27]

Det erstatningsretlige retskildesystems natur gør det vanskeligt (i praksis vel nok umuligt) at foretage en udtømmende beskrivelse af de argumenter, der kan gøres gældende til løsningen af diverse problemstillinger. Derfor kan det formentlig også bedst betegnes som et *åbent normativt system* eller et *normativt rum*.[28] Det er klart, at denne åbenhed gør det nødvendigt at adoptere en særligt nuanceret tilgang, når det for en given problemstilling relevante normative grundlag skal afdækkes. Det gøres for nærværende ved at anvende både en ydre og indre tilgang til at identificere den for adækvanslæren relevante jura.[29] Med den ydre tilgang gøres et forsøg på at identificere de relevante meta-etiske normer, der sjældent kommer direkte til udtryk i de traditionelle retskilder. Disse normer omfatter bl.a. generelle samfundsmæssige hensyn (herunder eksempelvis hensynet til prævention og økonomisk efficiens) og normer for den menneskelige interaktion (herunder normer om handlefrihed og korrektiv retfærdighed). Den væsentligste kilde til at finde frem til indholdet af disse normer er den erstatningsretlige og moralfilosofiske litteratur. I hvert fald er det her, man kan tilegne sig viden om normerne i en abstrakt form, der herefter kan bruges til at undersøge, hvordan (hvis overhovedet) de har aflejret sig i det traditionelle retskildemateriale. Fx kan det undersøges, hvordan det almindeligt anerkendte

---

25. Jf. Gomard, Bernhard: Moderne erstatningsret, 2002, p. 30.
26. Jf. Gomard, Bernhard: Moderne erstatningsret, 2002, p. 26.
27. Jf. Gomard, Bernhard: Moderne erstatningsret, 2002, p. 22-23.
28. Betegnelsen *normativt rum* anvendes i en lignende betydning af bl.a. Mette Hartlev, se hertil Fortrolighed i sundhedsretten, 2005, p. 39-42.
29. Mette Hartlev betjener sig af en lignende tilgang i sin beskrivelse af det *normative rum*, som er relevant for sundhedsretten, jf. Fortrolighed i sundhedsretten, 2005, p. 41.

samfundsmæssige hensyn til økonomisk efficiens er kommet til udtryk ved normeringen af ansvarets grænse i konkrete afgørelser. Den indre tilgangs genstand er det traditionelle retskildemateriale, herunder særligt retspraksis. Ved at undersøge retspraksis (herunder argumentationsmønstre i domsbegrundelserne) er det således muligt at identificere (i hvert fald en del af) de argumenter, der er relevante for adækvansbedømmelsen. Disse kan fremgå udtrykkeligt eller kontekstuelt. Ligesom ved den ydre tilgang (blot omvendt) kan de fremkomne argumenter herefter jævnføres med det værdimæssige grundlag, som de må antages at hvile på. Det kan både hjælpe til at forstå argumenternes indhold og diskutere deres legitimitet. På denne måde identificeres det samlede normative grundlag, der er relevant for adækvansbedømmelsen, altså i en vekselvirkning mellem den ydre og den indre tilgang.

3.4. Rationel rekonstruktion og legitimitet

Det erstatningsretlige systems grundlæggende karakteristika (polyfoni, inkohærens og dynamik) gør det vanskeligt at foretage en efterprøvelse af, hvilke normer, der kan kvalificeres som retlige henholdsvis ikke-retlige. I hvert fald kan de ganske ofte ikke føres tilbage til et på forhånd givet og mere håndfast grundlag (som fx en overordnet norm i et regelhierarki). Den begrænsede mulighed for at foretage en klar retsbestemmelse gør det nærliggende at spørge, hvad der herefter er afgørende for, hvilke normer (argumenter), der kan fremføres til løsning af erstatningsretlige problemer. Hvad adskiller de retlige relevante argumenter fra de ikke-retlige, og hvad er bestemmende for, hvordan den erstatningsretlige argumentation i det hele taget kan udfolde sig?

Dette er selvsagt vanskelige spørgsmål, som kan bevares på forskellig vis. Der kan fx konstrueres en form for grundnorm[30] eller opstilles et bestemt materielt kriterium, som ethvert argument på en nærmere bestemt måde skal korrespondere med. Det er dog næppe muligt at fastsætte grænserne for den erstatningsretlige argumentation på denne måde, og derfor skal muligheden for at opstille et endegyldigt legitimitetsgrundlag heller ikke forfølges nærmere.[31] I stedet gøres det gældende, at den erstatningsretlige argumentations juridiske legitimitet i sidste ende må vurderes i forhold til, om den er overbevisende. Det betyder mere konkret, at rammerne for den retlige rekonstruktion, der foretages af et givet problem – in casu adækvansproblemet – fastlægges af de almin-

30. Se Hans Kelsen i Reine Rechtslehre, 2. udg., 1960.
31. En af de væsentligste årsager til dette er det erstatningsretlige normsystems kompleksitet, jf. mere herom i kapitel 8 og 9.

deligt accepterede regler for erstatningsretlig argumentation. Ikke således, at en bestemt rekonstruktion udelukkende er legitim, hvis alle er enige om den, men således, at den i hvert fald skal ligge inden for rammerne af den grundlæggende accepterede måde at tænke erstatningsret på. Det gælder både i forhold til de retlige argumenter, der lægges vægt på, og den måde der argumenteres på. Hovedtanken bag dette er, at en rekonstruktion af et givet problem, der ikke følger visse almindeligt accepterede normer for, hvordan der argumenteres, samt hvilke værdier der lægges vægt på, formentlig ikke vil blive tillagt nogen vægt. Hverken hos domstolene, i den administrative praksis eller i litteraturen. På den måde bliver den irrelevant for retsbestemmelsen.

Den nævnte formulering af erstatningsrettens legitimitetsgrundlag synes at korrespondere ganske godt med den måde, som flere moderne forfattere definerer rettens legitimitetsgrundlag på. Tydeligst kommer dette formentlig til udtryk hos Doublet, der anfører følgende: »Med den rettslige argumentasjons »grunnlag« og »forutsetninger« mener vi først og fremst de nødvendige vilkår som må være tilstede for å kunne karakterisere denne argumentasjonen som en *rettslig* argumentasjon. Hvorvidt en argumentasjon skal kunne fremtre og karakteriseres som rettslig beror egentlig på om *fellesskapet av juridisk kompetente* personer vil, *rent prinsipielt sett*, karakterisere og akseptere argumentasjonen som rettslig.«[32] Endvidere understreger forfatteren rigtigt, at det afgørende ikke er, om man i det kommunikative fællesskab er enige om, at en bestemt argumentation er holdbar/rigtig, men om den grundlæggende kan karakteriseres som retlig: »Aksepten av argumentasjonen som rettslig har således ingen innflydelse på holdbarhetsvurderingen av de enkelte argumentene. *En vurdering av om argumentene i en argumentasjon er holdbare eller ikke, er noe annet enn det å vurdere hvorvidt man skal inngå i dialog med den som fører argumentasjonen.* Således kan man, hvilket heller ikke er uvanlig, akseptere en argumentasjon som rettslig uten at man dermed mener at argumentasjonens argumenter er holdbare«.[33] Zahles karakteristik af gældebegrebet som en »tilnærmet konsensus blandt professionelle« synes endvidere at passe godt med det ovenstående: »Der findes ikke nogen bagvedliggende »gældende ret«. Der findes ikke nogen entydig gyldighed eller entydig retsbestemmelse. Den tekstuelle formulering indebærer, at retten bestandig »vibrerer« af tekstuelle modsætninger (den ene lov modsiger den anden lov, den ene dom har et andet perspektiv end den anden osv.) såvel som

32. Jf. Doublet, David Roland: Rett, vitenskap og fornuft: Et systemteoretisk perspektiv på den rettslige argumentasjons verdimessige forutsetninger, 1995, p. 23.
33. Jf. Doublet, David Roland: Rett, vitenskap og fornuft: Et systemteoretisk perspektiv på den rettslige argumentasjons verdimessige forutsetninger, 1995, p. 23.

begrebsmæssig indre dialog. Det er denne vibration, der gør retten egnet til at opfange skiftende bevægelser i kultur, teknologi, politik osv. Men det er også denne elasticitet, der åbner for misbrug og undertrykkelse. Retsbestemmelse beror på en tilnærmet konsensus blandt professionelle. Konsensus om denne ramme er bestemmende for, hvornår en retsbestemmelse kan finde sted, dvs. hvornår man kan sige, at »sådan er det«.«[34]

Det er klart, at det her forsvarede legitimitetsgrundlag kan udsættes for kritik, og nogen vil måske endda hævde, at det er for vagt til at give brugbar vejledning overhovedet. Hertil kan dog anføres flere ting. For det første må det erkendes, at retsbestemmelsens problem er så komplekst, at det næppe kan løses på et klart grundlag. Det kan hele retsfilosofiens historie i en vis forstand siges at være et vidnesbyrd om. Derfor synes det som allerede nævnt også nødvendigt at opgive tanken om at skabe et fast og endegyldigt legitimitetsgrundlag. Der må stilles mere moderate krav til rettens definiendum, og den manglende fasthed synes derfor heller ikke tilstrækkelig til at afvise det ovenfor sagte. For det andet synes det ikke rigtigt, at der ikke findes en grundlæggende erstatningsretlig måde at tænke og argumentere på samt visse grundlæggende værdier, der sætter grænser for, hvilke argumenter, der kan gøres gældende. Erstatningsretten har således en lang tradition, og det forekommer rimeligt at antage, at det normative grundlag, som er blevet tilvejebragt og diskuteret gennem tiden, har skabt en vis fælles måde at tale om erstatningsretten på, jf. hertil særligt den indgående diskussion af erstatningsretlige værdier og hensyn, der har foregået i både retspraksis og litteraturen.[35] Dette indikeres også ganske tydeligt af den konsensus, der trods alt er om de helt grundlæggende temaer for ansvarsbedømmelsen. Ikke blot herhjemme men også internationalt.[36]

Som et godt billede på traditionens binding af den erstatningsretlige argumentationsmulighed kan henvises til Dworkins kæderoman.[37] Ifølge Dworkin kan den retlige praksis sammenlignes med tilvirkningen af en kæderoman, idet dommeren er bundet af den retlige historik på samme måde, som forfatteren er bundet af det forudgående narrativ. I kæderomanen foreligger fx et bestemt

34. Jf. Zahle, Henrik: Praktisk retsfilosofi, 2004, p. 344-345.
35. Som blot nogle få gode eksempler fra litteraturen kan henvises til Englard, Izhak: The Philosophy of Tort Law, 1993, Moore, Michael S.: Causation and responsibility, 2009, og Owen, David G.: The Philosophical Foundations of Tort Law, 1995.
36. Fx opererer man så vidt ses med visse regler for ansvarets grundlag samt kausalitet og adækvans i alle retssystemer, ligesom der er en vis lighed mellem disse regler. Jf. mere om denne konsensus nedenfor i dette kapitel, afsnit 4.5.
37. Jf. Dworkin, Ronald: Law's empire, 2000, p. 228-232, om »The Chain Novel«.

personggalleri og miljøbeskrivelse, som forfatteren må tage udgangspunkt i, mens dommeren må tage hensyn til det normative materiale (fx regulering og præjudikater), som foreligger på tidspunktet for den konkrete sags afgørelse. Det gælder også i de såkaldt vanskelige sager. Her vil den forudgående retlige historie give retsanvenderen stor frihed til at præge den fortsatte fortælling, men friheden er ikke ubegrænset, idet han er underlagt det såkaldte integritetsprincip.[38] Efter dette princip må retsanvenderen tilstræbe den størst mulige sammenhæng og konsistens i forhold til de grundlæggende politisk-moralske principper, som retssystemet bygger på.[39] Det kan også formuleres således, at retsanvenderen så vidt muligt skal give sin fortolkning en »general explanatory power«.[40] Dworkin giver bl.a. denne negative definition på grænserne for fortolkningsfriheden: »He [retsanvenderen] cannot adopt any interpretation, however complex, if he believes that no single author who set out to write a novel with the various readings of character, plot, theme, and point that interpretation describes could have written substantially the text he has been given.«[41] Og et andet sted hedder det således: »The justification need not fit every aspect or feature of the standing practice, but it must fit enough for the interpreter to be able to see himself as interpreting that practice, not inventing a new one.«[42] Selv om Dworkin mener, at retsanvenderens praksis kan sammenlignes med forfatterens narrativ, sætter rettens regler og principper altså visse grænser for den kreative fortolkning.[43]

Sammenfattende skulle det gerne fremgå af ovenstående, at den erstatningsretlige argumentation ikke kan udfolde sig frit til trods for det normative grund-

---

38. Se hertil navnlig kapitel 6 og 7 i Dworkin, Ronald: Law's empire, 2000.
39. Jf. Dworkin, Ronald: Law's empire, 2000, p. 225-227. Om dette, se endvidere Krunke, Helle: Den udenrigspolitiske kompetence, 2003, p. 71, og Olsen, Henrik Palmer: Rationalitet, ret og moral, 1997, p. 113.
40. Jf. Dworkin, Ronald: Law's empire, 2000, p. 230.
41. Jf. Dworkin, Ronald: Law's empire, 2000, p. 230.
42. Jf. Dworkin, Ronald: Law's empire, 2000, p. 66.
43. Følgende passus synes at give en god opsamlende forklaring på forfatterens indstilling til sit integritetsprincip og retsanvendelsen i almindelighed, jf. Dworkin, Ronald: Law's empire, 2000, p. 225: »The adjudicative principle of integrity instructs judges to identify legal rights and duties, so far as possible, on the assumption that they were all created by a single author – the community personified – expressing a coherent conception of justice and fairness. We form our third conception of law, our third view of what rights and duties flow from past political decisions, by restating this instruction as a thesis about the grounds of law. According to law as integrity, propositions of law are true if they figure in or follow from the principles of justice, fairness, and procedural due process that provide the best constructive interpretation of the community's legal practice.«

lags åbenhed og dynamiske karakter. Det skyldes, at der findes en grundlæggende erstatningsretlig måde at tale på, der er afgørende for, om den fremstår overbevisende. Det er således op til enhver form for erstatningsretlig argumentation – både den som udfoldes af retsanvenderen og retsteoretikeren – at indtale sig i denne.

4. Bemærkninger til de anvendte retskilder

4.1. Generelt om lovgivning

Der findes ingen lovgivning, der tager stilling til indholdet af adækvanslæren, og denne retskilde har derfor begrænset betydning for belysningen af afhandlingens problemstillinger. Man har tidligere overvejet at indføre fælles nordisk lovgivning om erstatningsansvar, jf. bl.a. betænkning afgivet af Ussing i 1950,[44] og i den forbindelse påtænktes det også at indføre en fælles regel om adækvans. Juraen om ansvarets grænse fandtes dog i sidste ende for kompleks og uafklaret til, at der kunne foretages en fornuftig regulering heraf i en lov. Adækvanslæren fremstår i dag næppe væsentligt klarere end dengang, og derfor er det heller ikke overraskende, at den fortsat ikke er lovreguleret – hverken i en almindelig regel eller i speciallovgivningen.[45]

Selvom lovgivningen ikke beskæftiger sig eksplicit med indholdet af adækvanslæren, har den alligevel en indirekte betydning herfor. Det skyldes, at lovgivningen i vidt omfang indeholder adfærdsregler, der kan tjene som grundlag for fortolkningen af, hvilke skader/tab der er omfattet af ansvarets grænse. Dette betones særligt af den såkaldte schutzzweck-figur, hvorefter ansvarets grænse netop skal fastsættes med udgangspunkt i en fortolkning af den ansvarsbegrundende regels beskyttelsesformål. Schutzzweck-figuren behandles udførligt nedenfor i kapitel 6.

4.2. Særligt om erstatningsansvarsloven

Adækvanslæren udgør en del af den materielle erstatningsretlige ansvarslære, og som sådan skal dens betingelser være opfyldt for, at der kan indtræde erstat-

---

44. Se Ussing, Henry: Betænkning om nordisk lovgivning om erstatningsansvar, 1950 samt Kruse, Anders Vinding: Adækvansproblemet i erstatningsretten, TfR 1951, p. 322. Om samme emne kan endvidere henvises til Gomard, Bernhard i U.1960B.226.
45. I speciallovgivningen henvises sædvanligvis til dansk rets almindelige regler, hvilket altså fører tilbage til den ulovbestemte lære.

ningsansvar. Ifølge den gængse opfattelse gælder det i forhold til såvel skadens *art* som dens *omfang* (altså tabets størrelse).[46]

Mens adækvanslæren vedrører de materielle grundbetingelser for, at der overhovedet kan indtræde et ansvar, angår reglerne i erstatningsansvarsloven (EAL)[47] i udgangspunktet erstatningens udmåling.[48] Reglerne i EAL bliver altså først relevante, når det er konstateret, at der er et egentligt (materielt) ansvar, og det betyder, at der som altovervejende hovedregel kan sondres skarpt mellem reglerne om adækvans og reglerne i EAL. Adækvanslærens kan dog i et vist omfang overlappe med EAL i forhold til reguleringen af tabets størrelse. Vinding Kruse nævner rigtigt, at det kan være tilfældet, i det omfang adækvanslæren anvendes som en social sikkerhedsventil.[49]

4.3. Retspraksis

Retspraksis har af flere grunde en meget væsentlig betydning for belysningen af adækvanslærens indhold. For det første er retspraksis den eneste kilde, der giver viden om, hvor grænserne for erstatningsansvaret *faktisk* går, idet *resultatet* i hver enkelt afgørelse udgør en kasuistisk cementering af dette. For det andet udgør *begrundelserne* i de forskellige afgørelser det eneste *direkte* vidnesbyrd om, hvilken jura der lægges vægt på. Fx fremgår det, at kriterier som *påregnelig, sandsynlig, beregnelig* og *direkte* har betydning. For det tredje findes der som bekendt et stort korpus af afgørelser om adækvansproblemet, og det giver selvsagt et solidt grundlag for at analyse den jura, som er relevant for dets løsning.

Ved anvendelsen af retspraksis som retskilde er det naturligvis påkrævet, at man forholder sig loyalt til såvel dommenes *begrundelser* som deres *resultat*.[50] Det indebærer, at der i afhandlingen lægges stor vægt på begge dele ved fortolkningen af afgørelsernes ratio decidendi. Fx tages det selvsagt alvorligt, hvilken

46. Jf. Iversen, Torsten: Erstatningsberegning i kontraktsforhold, 2000, p. 109.
47. Jf. lovbekendtgørelse nr. 885 af 20. september 2005.
48. Se herom hos Møller, Jens og Wiisbye, Michael S.: Erstatningsansvarsloven med kommentarer, 6. udg., 2007.
49. Jf. Kruse, Anders Vinding: Erstatningsretten, 5. udg., 1989, p. 163-164. I sådanne tilfælde vil der navnlig kunne være et overlap til den almindelige lempelsesregel i EAL § 24. Vinding Kruse mener i øvrigt, at adækvanslæren i sådanne tilfælde giver hjemmel til at lempe mere end § 24.
50. Som eksempel på en anden forfatter, der arbejder med et loyalitetsbegreb, kan nævnes Mårten Schultz, jf. Kausalitet. Studier i skadeståndsrättslig argumentation, 2007, p. 69ff. Forfatteren ophøjer dog ligefrem den loyale indstilling til et metodologisk aksiom, hvilket synes at føre for vidt. Det gælder i hvert fald, hvis forfatteren hermed mener, at man ikke skal forholde sig kritisk til de kriterier, som domstolene anvender i deres begrundelser. Dette er, som det gerne skulle være fremgået, en væsentlig opgave.

nomenklatur – herunder hvilke konkrete kriterier – domstolene anvender i deres retlige ræsonnementer. Den loyale indstilling betyder dog ikke, at det uden videre lægges til grund, at domstolenes begrundelser giver en udtømmende beskrivelse af den jura, som har været afgørende for resultatet. Dette kan således ikke antages, og endda giver de sædvanligt anvendte kriterier som fx påregnelighed i de fleste tilfælde næppe en særlig god forklaring på, hvorfor en given skade skal erstattes. De må således i vid udstrækning opfattes som retlige standarder – enhedskriterier – der skal udfyldes for at kunne anvendes konkret.[51] Af denne grund er det generelt også vanskeligt at udlede noget konkret af selve begrundelserne i domme om adækvans.

Det just sagte kan muligvis opfattes som et ganske hårdt anslag mod de danske domstoles begrundelsesstil. Det er det for så vidt også, idet de summariske begrundelser i mange tilfælde efterlader væsentlig tvivl om afgørelsernes ratio decidendi. Ikke mindst ud fra en retssikkerhedsmæssig synsvinkel synes dette problematisk.[52] Samtidig skal det dog erindres, at det ikke kan forventes, at domstolene i alle tilfælde diskuterer samtlige relevante hensyn udtrykkeligt i deres præmisser. Det gælder særligt i forhold til en normativt kompleks og nuanceret bedømmelse som adækvansbedømmelsen, hvor det ofte er svært at identificere de relevante hensyn præcist.

4.4. Litteratur

Nogle forfattere afviser tilsyneladende mere eller mindre kategorisk, at retslitteraturen har en egentlig retskildemæssig værdi.[53] Hovedargumentet for dette synes at være, at forfatteren savner demokratisk legitimitet til at formulere argumenter af normativ karakter.[54] Man må naturligvis være enig i, at forfatteren ikke har et demokratisk mandat – ligesom lovgiver – til at bestemme, hvad retten *er* i bindende direktiver, og derfor har litteraturen heller ikke en værdi uden videre. Retten består dog – som allerede nævnt – af meget mere end lovgivers vilje, og *det gældende* vil ofte være den udlægning af retten, som er mest overbevisende. Dette kan bl.a. henføres til rettens normativt åbne og argumen-

51. Dette forklares udførligt i Del II, hvor kriterierne analyseres og kritiseres. Endvidere fremgår det af Del III, at der normalt vil være en bred palet af hensyn, som er afgørende.
52. Jf. hertil bl.a. Illum, Knud i U.1970B.245ff. Denne artikel medførte en større debat om domsbegrundelsen i ugeskriftet, jf. hertil samme forfatter i U.1971B.65ff samt Trolle, Jørgen i U.1971B.85ff og Berning, Jesper i U.1971B.17ff.
53. Se bl.a. hos Iversen, Torsten: Erstatningsberegning i kontraktsforhold, 2000, p. 39.
54. Jf. Blume, Peter: Juridisk Metodelære, 5. udg., 2009, p. 159ff.

tative karakter. På denne baggrund synes det klart, at litteraturen *kan* have en retskildemæssig værdi i det omfang, den frembringer tænkning, der opfattes som overbevisende af det »juridiske fellesskab«,[55] herunder domstolene. Dette synes efterhånden også at være den dominerende opfattelse.

Det er – som allerede nævnt – nødvendigt at inddrage litteraturen i væsentlig omfang for at kunne belyse de retlige normer, som har betydning for adækvansbedømmelsen. Det skyldes først og fremmest, at disse normer langtfra altid kommer klart til udtryk i de traditionelle retskilder, herunder retspraksis. Det gælder i særlig grad de abstrakte normer om selve erstatningsrettens formål og det gode liv. Litteraturen har således væsentlig betydning for belysningen af det normative rum, som har betydning for reguleringen af adækvansproblemet.

4.5. Fremmed ret

Dette er ikke en komparativ afhandling i traditionel forstand, og hermed foretages altså ikke et egentligt *länderberichtarbejde* med henblik på komparation af dansk og fremmed ret. Fremmed ret (herunder særligt retspraksis og litteratur) anvendes dog alligevel i betydeligt omfang med det formål at identificere argumenter og argumentationsmønstre, som må antages at have betydning i en dansk kontekst. Der synes flere gode grunde til at anvende fremmed ret på denne måde. For det første findes der regler om adækvans i så vidt ses samtlige retssystemer, der er sammenlignelige med det danske. Det giver selvsagt en god grobund for at opdyrke relevante argumenter. For det andet synes mange af de argumenter, der fremføres til løsning af adækvansproblemet – i både fremmed litteratur og retspraksis – at kunne overføres mere eller mindre direkte til dansk ret. Det skyldes, at adækvansbedømmelsen i stort foretages efter de samme grundlæggende figurer i fremmed ret. For det tredje kommer de retlige ræsonnementer ofte tydeligere frem i fremmed retspraksis. Det gælder særligt angloamerikansk retspaksis, hvor der ofte foretages udførlige diskussioner af, hvilke argumenter eller *tests* der anvendes.

I afhandlingen inddrages primært litteratur og retspraksis fra anglo-amerikansk ret, tysk ret samt svensk og norsk ret. Det skulle gerne fremgå, at valget af disse retssystemer giver et solidt grundlag for at opdrive relevant fremmed jura

---

55. Jf. Doublet, David Roland: Rett, vitenskap og fornuft: Et systemteoretisk perspektiv på den rettslige argumentasjons verdimessige forutsetninger, 1995, p. 23.

til belysning afhandlingens problemstillinger. Endvidere synes dette valg at stemme godt overens med, hvad der er tradition for.

4.6. Soft Law

I navnlig de seneste to årtier har man på det akademiske niveau gjort en del arbejde for at påbegynde en udvikling mod en harmonisering af europæisk erstatningsret. Dette arbejde er bl.a. blevet udført af European Group on Tort Law, der i maj 2005 udgav de såkaldte Principles of European Tort Law (PETL).[56] PETL udgøres af et omfattende sæt af principper, der er blevet til på baggrund af studier af de forskellige europæiske retssystemer. Principperne dækker med sine ti kapitler de fleste grundproblemer. Det gælder bl.a. problemerne med kausalitet, adækvans, culpa, objektivt ansvar, medvirken og flere skadevoldere.

Det er uden videre klart, at PETL ikke er bindende for dansk erstatningsret, men det udelukker som bekendt ikke, at de kan få indflydelse i kraft af deres argumentative værdi.[57] Særligt kan man måske forestille sig, at de kan få betydning, når dansk ret er uklar.[58] For tiden er der dog ikke meget, der tyder på, at PETL bliver tillagt nogen særlig betydning i dansk erstatningsret, og derfor inddrages de også kun i beskedent omfang.

56. Som andre eksempler kan nævnes Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law (Draft Common Frame of Reference), som er udarbejdet af Study Group on a European Civil Code og Research Group on EC Private Law (Acquis Group). Endvidere kan henvises til Principles of European Patrimonial Law, der er blevet udarbejdet Study Group on a European Civil Code. Se mere om de forskellige tiltag hos Askeland, Bjarte: Spenninger mellem norsk og europæisk erstatningsret, 2006.
57. Se herom bl.a. Askeland, Bjarte: Spenninger mellem norsk og europæisk erstatningsret, 2006, p. 127.
58. På denne måde kunne PETL således fungere som en art europæisk baggrundsret, jf. Askeland, Bjarte: Spenninger mellem norsk og europæisk erstatningsret, 2006, p. 127.